

## SALVAMENTO DE VOTO

ÁREA : CONSTITUCIONAL – ACCIÓN DE TUTELA  
 ASUNTO : SENTENCIA DE PRIMER GRADO  
 RADICACIÓN : 2017-00722-00  
 TEMA (S) : INEXISTENCIA FÁCTICA - IMPROCEDENCIA – SUBSIDIARIEDAD  
 MG PONENTE : CLAUDIA M. ARCILA R.

Como anoté al discutir el proyecto en Sala, difiero de la decisión final de conceder el amparo, habida consideración de que, en mi parecer, debió negarse por la inexistencia de los supuestos fácticos descritos en el petitorio de amparo. Criterio que la CSJ expuso en reciente providencia dictada en una tutela con idénticos hechos y pretensiones<sup>1-2</sup>.

En este caso observo que la parte actora identificó, como hechos generadores de la vulneración, que no se le haya concedido el recurso de apelación contra el proveído que rechazó la acción popular, en consecuencia, el estudio de la tutela debió enfocarse desde ese punto de vista en particular, para concluir la mentada ausencia de hechos, pues nunca lo recurrió. Disiento de la decisión mayoritaria que estudió de fondo el asunto, sin justificar por qué lo hacía respecto del auto inadmisorio y no del proveído que supuestamente negó la alzada contra el auto de rechazo, que, insisto, era el objeto de la tutela.

Ahora, si el estudio del amparo se orientó conforme a la segunda pretensión del actor, esto es, “(...) (b) admitir la acción popular (...)”, debió, entonces, declararse improcedente porque aprecio incumplida la subregla (ii) de las causales generales de procedibilidad contra actuaciones judiciales, que dice: “(...) Que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance del afectado; (...)”.

Teniendo en cuenta que la doctrina del precedente judicial y que su nivel de obligatoriedad para las autoridades, no son absolutos, pues, si bien implica para los jueces<sup>3</sup> “(...) (i) acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa o constitucional) cuando éstas constituyen precedentes, y/o (ii) sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia (...)”, también lo es que “(...) pueden apartarse de dicho precedente, pero cumpliendo la carga argumentativa antes descrita y construyendo una mejor respuesta al problema jurídico (...)”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> CSJ. Civil. STC8500-2017.

<sup>2</sup> CSJ, Civil. STC10159-2017. En esta providencia revocó la sentencia de primera sede y denegó el amparo constitucional, con la precisión de que la pretensión lucía encaminada a la concesión del recurso y no a la admisibilidad de la acción popular producto de la exigencia de requisitos inexistentes en el artículo 18 de la Ley 472.

<sup>3</sup> CC. T-102 de 2014 y T-309 de 2015 (Referida en la C-621 de 2015).

<sup>4</sup> CC. Ob. Cit.

Discrepo también del razonamiento utilizado, en cuanto estimó superada la improcedencia de la acción y resolvió de fondo, al entender cumplido el requisito de la subsidiariedad con fundamento en el reciente criterio expuesto por la CSJ<sup>5</sup>: “(...) en los precisos casos en los cuales el funcionario respectivo incurra en un proceder claramente opuesto a la ley, por arbitrario o antojadizo, puede intervenir el juez de tutela con el fin de restablecer el orden jurídico si el afectado no cuenta con otro medio de protección judicial (...)”<sup>6</sup>.

Y en otra providencia también reseñó<sup>7</sup>: “(...) se ha considerado que cuando el pronunciamiento objeto de reproche desconoce de manera protuberante los derechos fundamentales o las normas de orden público, no resulta conveniente anteponer tales exigencias, pues no constituyen un obstáculo insuperable que impida otorgar la protección (...)”.

En incontestable que el Juez accionado erró al inadmitir la acción popular cuando exigió acercar el certificado de existencia y representación de la entidad accionada, que no se contempla en el artículo 18 de la Ley 472 como requisito para su promoción, pues solo se requiere de la simple indicación de la persona natural o jurídica presuntamente responsable. No es una carga que se pueda trasladar a la parte interesada. Sin embargo, como quiera que sí es indispensable verificar los presupuestos de capacidad para ser parte y para comparecer al juicio (Artículo 53 y 54, CGP), es al juez de conocimiento a quien le corresponde consultar dicho documento en las bases de datos públicas y privadas existentes, según se trate (Artículo 85, CGP) (Superfinanciera, Supersalud, Ministerio del Interior y/o Confecámaras).

No obstante, en el trámite popular el interesado omitió agotar el mecanismo ordinario de la reposición (Frente al auto de rechazo), ni siquiera explicó las razones por las que dejó de hacerlo, además, de que tampoco es una persona de especial protección constitucional, como para flexibilizar el análisis de este requisito, tal como históricamente la CC lo ha pregonado en su jurisprudencia.

La CC respeta la órbita de las competencias legales y el principio de autonomía, y solo autoriza la intervención del juez constitucional (En juicio de validez) cuando se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, que nunca se alegó en este amparo y menos se pudo advertir en su foliatura.

Estoy en desacuerdo con los postulados de la CSJ, más aun cuando no se trata de una postura reiterada en todas sus decisiones, es así, que recientemente confirmó la sentencia dictada en una tutela con idénticos hechos y pretensiones, y que se decidió desfavorable por el

---

<sup>5</sup> CSJ, Civil. STC-5567-2017, STC-4810-2017, STC-4591-2017, STC-3680-2017, STC-3664-2017, STC1932-2017, sentencia del 17-02-2017, MP. Ariel Salazar R., 66001-22-13-000-2016-01122-01, entre otras.

<sup>6</sup> CSJ, Civil. STC-4810-2017.

<sup>7</sup> CSJ, Civil. STC-4591-2017.

incumplimiento de la subsidiariedad<sup>8</sup> (2017).

Es cierto que la falta de mecanismos para proteger los derechos en un trámite ordinario (En este caso constitucional) autoriza la promoción de la tutela, pero también lo es, que su ausencia debe presentarse como efecto de que se hayan debidamente agotado (Recursos, nulidades, etc.) o de la real carencia de estos en la norma que rige el procedimiento (Artículo 36, Ley 472), lo que en manera alguna se aprecia en este asunto.

Además, aun cuando no se trate de un mecanismo de defensa, el actor, pese a que el asunto terminó por rechazo, puede promoverlo nuevamente sin que se vean afectados sus derechos constitucionales; en efecto, las acciones populares, diferentes de las que propugnen por volver las cosas a su estado anterior (Como lo son las del accionante), pueden presentarse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo (Artículo 11, Ley 472), no existe caducidad o figura semejante.

Pereira, Rda., 31 de julio de 2017



DUBERNEY GRISALES HERRERA  
MAGISTRADO

---

<sup>8</sup> CSJ, Civil. STC6041-2017 en igual sentido las STC1204-2017, STC1888-2017, STC1912-2017 y STC2349-2017.